

Stato di diritto, indipendenza delle corti e sovranità popolare: armonia o conflitto? *

Giovanni Pitruzzella

1. “Lo Stato di diritto nasce da un sogno, un sogno antico quanto il pensiero politico. Il sogno che a governare siano le leggi, non gli uomini”. Con queste parole si apre il libro di Roberto Bin dedicato allo Stato di diritto che nel ricostruire il lungo e tormentato processo storico della sua edificazione evidenzia le tensioni tra l’ideale (il sogno) e le complesse vicende storico-politiche con cui esso si è dovuto confrontare, arricchendosi di differenti significati e subendo, talora, vistose minacce e regressioni. Nel tempo presente, la tensione tra l’ideale e la realtà torna a ripresentarsi, di fronte alle sfide lanciate dalla Storia che si è rimessa in moto a velocità sorprendente.

Queste tensioni sono alimentate dal fatto che l’ideale è stato, come gran parte dei concetti del nostro patrimonio gius-politico, uno strumento di lotta. Strumento di lotta contro gli assetti del passato e quindi strumento di innovazione anche rivoluzionaria. Innanzitutto, lotta contro i privilegi in nome della libertà e dell’eguaglianza dei cittadini, di cui i passaggi fondamentali sempre richiamati e celebrati sono stati, nella storia inglese, il *Petitions of Rights* (1620), il *Bill of Rights* (1689) e poi in Francia la Dichiarazione dei diritti del 1789 e quindi la Costituzione americana (1787) e il suo *Bill of Rights*.

Ma anche lotta contro l’insicurezza che minaccia l’esistenza umana. Sotto questo profilo, va richiamata la riflessione di Carl Schmitt che ha visto in Hobbes il precursore dello Stato di diritto, all’opposto di quanto ritiene il pensiero dominante che ne fa il teorico

* Il contributo non è stato sottoposto a referaggio, in conformità al Regolamento della Rivista, in quanto proveniente da un membro del comitato scientifico. Relazione presentata al IV Convegno annuale di Diritti Comparati, *L’indipendenza delle Corti nel diritto costituzionale, comparato ed europeo*, Milano - Università Bocconi, 18 – 19 ottobre 2018.

dell'assolutismo per antonomasia, dimenticando così come la tutela della sicurezza dei cittadini e della loro eguaglianza di fronte alla legge fossero centrali nel pensiero di Hobbes e costituivano la fondamentale ragione che giustificava la concentrazione nel sovrano del potere e dell'uso della forza.

Infine, lotta contro le spinte autoritarie che, nel corso del “secolo breve” in Europa hanno negato il pluralismo, nelle sue diverse versioni, sociale, politico, delle idee. La versione novecentesca dello Stato di diritto è lo Stato costituzionale che, grazie alla rigidità della costituzione e alla Giustizia costituzionale, garantisce il pluralismo contro il rischio della “tirannia della maggioranza”.

Alla fine di tutti questi complicati passaggi storici, resta un dato unificante: l'idea dell'impersonalità dello Stato e della sottoposizione del potere, di qualsiasi potere anche di quello politico, al diritto.

2. Se lo Stato di diritto è un ideale che ha assunto una funzione di guida delle trasformazioni costituzionali che hanno caratterizzato gli ultimi tre secoli di storia, è altrettanto vero che esso, con le sue principali componenti - il principio di legalità, la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, la separazione dei poteri, l'indipendenza dei Giudici - è presto entrato in conflitto con un altro strumento di lotta che fa parte del Pantheon dei fondamentali concetti di cui si nutre il nostro pensiero gius-politico. E cioè la sovranità, con le sue pretese alla supremazia rispetto a ogni altra autorità, alla unicità e indivisibilità, alla esclusività nella produzione delle regole giuridiche obbligatorie per la collettività.

Un concetto che, nella tradizione europeo-continentale, ha alimentato una visione monistica del potere pubblico. Una visione che è stata ben presente pur all'interno della lunga esperienza storico-politica che la manualistica suole etichettare sotto la locuzione di “Stato liberale”. Se la rivoluzione del 1789 toglieva violentemente il re dal trono, è pur vero che lo faceva per mettere al suo posto, la Nazione, titolare della sovranità da cui - come si esprimeva la Costituzione francese del 1791 - emanavano tutti i poteri e che in quanto persona morale per agire aveva bisogno della rappresentanza politica. Finendo così per sostituire all'assolutismo regio quello delle Assemblee legislative. L'onnipotenza della legge era espressa da giuristi come Carré de Malberg nella formula della *Loi expression de*

la volonté générale e, persino nell'ambito della tradizione inglese del *Common Law*, portava Walter Bagehot, teorico della sovranità del Parlamento, a dire che "il Parlamento inglese può far tutto fuorché mutare un uomo in una donna".

La democratizzazione delle strutture dello Stato ha spostato la sovranità dalla Nazione al popolo. L'ordinamento politico emana dal popolo e trova in esso la fonte della sua legittimazione. La nuova stagione parte da lontano con la Costituzione americana, il cui celebre preambolo si apre con l'espressione "We the people... ". Ma che cosa è "the people"? A questo riguardo si sono fronteggiate due concezioni diverse ricche di importanti implicazioni costituzionali. Riprendendo quanto scriveva Damiano Nocilla nella voce popolo dell'Enciclopedia del diritto, da un lato c'è il "popolo come unità", dall'altro il "popolo come molteplicità". Quest'ultimo è una realtà composita fatta di persone concrete, ciascuna con una posizione sociale, interessi idee diverse - l'*homme situé* di cui parlava George Burdeau - ma anche da associazioni che perseguono le finalità più disparate e da partiti politici con programmi e ideologie distinti. Un popolo che è irrimediabilmente articolato in parti non omologabili in un'astratta unità e che perciò chiedono al diritto e, in primis, al diritto costituzionale di predisporre le garanzie della loro reciproca sopravvivenza, affinché chi è momentaneamente più forte o conquista la maggioranza non sia nella condizioni di utilizzare il potere per sopprimere o comunque danneggiare gli altri gruppi.

All'opposto, il popolo può essere visto come un'unità politica pre-data, in quanto dotato di omogeneità, fondata su criteri come l'etnia, la religione o la storia, e che perciò non ammette divisioni, ponendo fuori da sé e in conflitto irriducibile chi non condivide questi fattori di unificazione. In questo modo viene ripresa una perenne ispirazione della politica nella storia europea che ha trovato la sua più efficace espressione nella categoria del politico di Carl Schmitt, la cui essenza veniva trovata nella contrapposizione tra "amico" e "nemico".

La sovranità del "popolo come unità" può fondare la legittimazione di un potere pubblico che non ammette reali divisioni e limiti effettivi. In nome dell'assolutezza e dell'indivisibilità di una sovranità attribuita ad un popolo unitariamente inteso e dotato, come tale, di un interesse unitario contrapposto ad ogni identità ad esso esterna, l'unica legittimazione che rileva è quella che riposa sulla

volontà del popolo. Chi agisce sulla base della volontà popolare – e il popolo può esprimere una volontà perché soggetto unitario privo di divisioni – non può incontrare limiti e controlli.

Ritorna, addirittura esaltata, la concezione monistica del potere pubblico. Come è stato osservato da Giuliano Amato, la stessa separazione dei poteri, inserita in una visione monistica del potere pubblico, può essere intesa come “divisione di un unico potere che si tratta di ripartire, ma che avrà dentro di sé la inesorabile tendenza a ricomporsi”. Proprio questa spinta può portare a una tensione con lo Stato di diritto che può tradursi in una vera e propria minaccia esistenziale.

3. *Gubernaculum e Jurisdictio* sono, dunque, i due poli attraverso i quali si è dipanata la lunga storia del costituzionalismo. Da una parte la limitazione del potere grazie al governo della legge, dall'altra il potere e la sua legittimazione. Il problema costituzionale è stato quello di trovare il modo di comporre un equilibrio tra questi due momenti. Per fare questo bisognava rispondere ad una domanda cruciale, che, con la solita lucidità, è stata sintetizzata tanti anni fa da Passerin d'Entreves nei termini seguenti: “E' possibile controllare il potere, senza contraddire alla logica stessa della sovranità, che del potere predica come attributi essenziali l'unità, l'indivisibilità e l'assolutezza?” Ed ancora: “può l'esercizio del potere essere ordinato in maniera tale che non venga meno quella regolarità, quella normalità, quella 'sicurezza' dei rapporti che (come aveva avvertito lo stesso Hobbes) costituiscono la condizione necessaria e si potrebbe anzi dire il minimum... perché il potere da assoluto non diventi arbitrario, cessando con ciò di esser 'potere' per diventar pura 'forza'?”

Problemi la cui soluzione ha impegnato una plurisecolare riflessione filosofico-politica e costituzionalistica, ma che poi ha trovato nei fatti una soluzione nell'esperienza storica che in concreto è stata capace di riconciliare istituti e principi di legittimazione che in astratto potevano sembrare in opposizione radicale, mettendo insieme il governo della legge e il governo del popolo. Come osserva Francis Fukuyama, nel suo monumentale *Political Order and Political Decay*, il processo di sviluppo politico (*political development*) può essere inquadrato e spiegato seguendo la combinazione di Stato sovrano,

rule of law e responsabilità democratica, che sono apparsi e si sono affermati in periodi storici diversi e si sono combinati secondo equilibri diversi nei differenti Paesi.

In quella parte di mondo in cui abbiamo la fortuna di vivere la storia ha realizzato un equilibrio tra queste componenti che ha dato vita ai regimi chiamati liberal-democratici, che mettono insieme diverse forme di legittimazione del potere. Perché dobbiamo riconoscere che diversa è la legittimazione offerta dal principio democratico fondato sulla sovranità popolare, dalla legittimazione dello Stato di diritto che fa prevalere la legge (intesa come sinonimo di diritto) su qualsiasi altro potere, anche quello esercitato direttamente dal popolo sovrano o da chi emana direttamente da lui.

4. L'architettura costituzionale della democrazia liberale si basa, quindi, sull'equilibrio derivante da due spinte che provengono da forze e principi di legittimazione opposti, destinati a bilanciarsi: la politica e il diritto, la legittimazione popolare e la legittimazione basata sulla competenza tecnica, l'imparzialità e l'indipendenza, l'argomentazione razionale. In questa distinzione (distinzione tra *legis latio* e *legis executio*) sta la versione attuale del principio della separazione dei poteri.

In primo luogo c'è il circuito della politica che si fonda sulla sovranità popolare, trova il suo momento principale nelle elezioni, nella formazione del Parlamento e del Governo, si sviluppa attraverso le complesse interazioni che si svolgono nella sfera pubblica grazie ai partiti politici, alle diverse associazioni, alla libertà di informazione, e nelle sedi istituzionali dove prende corpo l'indirizzo politico, che trova un correttivo nelle diverse forme di democrazia diretta previste dagli ordinamenti costituzionali. Nel circuito della politica si formano le leggi, che sono fondate sulla legittimazione democratica. Ma una volta approvate, le leggi si staccano dal loro autore, sono oggettivate e immesse in un circuito diverso, che è quello del diritto, dove vanno selezionate, interpretate e applicate.

Tra la legge e la norma da applicare al caso concreto si pone l'interpretazione che è un'attività intellettuale dotata di un grado, più o meno elevato, di creatività. Il principale prodotto della politica, la legge, non serve a niente se non viene interpretata. E oggi siamo tutti consapevoli che esiste una funzione creativa del giudice, che lo fa

partecipe dell'attività di *law making*. Praticamente nessuno nega che invece di un rapporto puramente logico-deduttivo tra la legge e la norma applicata al caso concreto, esista un rapporto di integrazione discrezionale. Come già osservava Kelsen, nel suo ultimo lavoro (la Teoria generale delle norme), tra la norma generale e la norma individuale, posta dal giudice, "non esiste un rapporto diretto, ma solo un rapporto indiretto, mediato dall'atto di volontà, di cui la norma individuale è il senso".

Ma soprattutto è stato con l'applicazione della teoria della "precomprensione" all'interpretazione che si è presa definitiva consapevolezza dell'ampia latitudine della creatività giudiziaria. Da una parte, si osserva che "il caso non può comprendersi giuridicamente se non in riferimento alla norma e questa in riferimento a quello, poiché non c'è solo il caso che deve orientarsi alla norma, ma anche la norma che deve orientarsi al caso (G. Zagrebelsky). D'altra parte, in una società pluralistica, sono inevitabilmente diversi i "punti di vista" che possono entrare nella precomprensione ad opera dei diversi interpreti, con l'ineluttabile riconoscimento della pluralità delle interpretazioni possibili.

Se tutto quanto precede è connaturato all'attività di interpretazione, vi sono svariati altri fattori connessi ai caratteri dei sistemi giuridici contemporanei che esaltano la creatività del giudice. Si tratta di fattori noti che attengono ai caratteri della produzione legislativa: la legislazione per "clausole generali", le leggi che contengono "compromessi dilatori" che rinviando alla loro applicazione la determinazione effettiva dei loro contenuti, la complessità del sistema delle fonti in ordinamenti sottoposti alle opposte spinte verso l'integrazione sovranazionale e il decentramento politico. Vi sono poi altri fattori più legati ai caratteri delle società contemporanee, come la "sete di diritti", individuali e collettivi, che porta a scaricare sulle Corti le domande che non hanno trovato adeguata considerazione e risposta nell'ambito del circuito democratico rappresentativo.

Il risultato finale è che il potere giudiziario abbandona definitivamente lo schema montesqueiano del "potere nullo" per approdare al modello madisoniano del "terzo gigante", che si affianca al potere esecutivo e a quello legislativo.

Pertanto, già nel 1984, Mauro Cappelletti pubblicava un libro fortunato dal titolo emblematico: *Giudici legislatori? L'attività interpretativa del Giudice non è dichiarativa, ma partecipa dell'attività di law making.*

5. Il Giudice partecipa ad un'attività creativa del diritto, ma al contrario del legislatore non è sottoposto ad alcun tipo di responsabilità democratica. La giurisdizione – come osserva Gaetano Silvestri – “si trova nell'ambigua posizione di potere necessariamente innovativo, che non può trovare però, come gli altri poteri, conforto e rilegittimazione continua dal consenso popolare alle sue scelte né può essere sanzionato dal dissenso dei cittadini verso i suoi comportamenti”.

Tutto ciò come può coesistere con il principio democratico? In realtà la coesistenza storicamente è potuta aversi perché i due circuiti, quello della politica democratica e quello della giurisdizione si fondano su legittimazioni diverse.

Qui entrano in gioco i principii costituzionali di indipendenza e di imparzialità del Giudice. L'attività giurisdizionale trova legittimazione grazie alla posizione dei Giudici come soggetti terzi rispetto alle parti del giudizio e indipendenti rispetto a qualsiasi potere, sia quello economico che quello politico. Indipendenza e imparzialità consentono che l'attività interpretativa, sia pure intrisa di discrezionalità, non sia piegata a interessi di parte, con la conseguenza che i suoi risultati sono visti dai destinatari e dalla società non come il prodotto dell'arbitrio, ma come il risultato dell'applicazione di regole tecniche, che presiedono all'esercizio della giurisdizione. Per questo, i sistemi giudiziari pongono l'accento sulla competenza professionale dei Giudici, fin dalla loro selezione iniziale, e per questo c'è un obbligo di motivazione delle loro decisioni particolarmente intenso che serve a garantire che esse non siano il frutto di una scelta politica, ma dell'applicazione di una specifica competenza professionale, il cui possesso è condizione indispensabile affinché la decisione non appaia arbitraria.

Per le suddette ragioni le Costituzioni degli Stati europei insistono sulla garanzia dell'indipendenza e dell'imparzialità, oltre a prevedere

la particolare competenza professionale dei Giudici e l'obbligo di motivazione delle loro sentenze.

I Giudici sono soggetti soltanto alla legge e la magistratura è un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere, dice la Costituzione italiana (art. 101) e, in termini non dissimili, si esprime la legge fondamentale tedesca che afferma “i Giudici sono indipendenti e sottoposti soltanto alla legge”. Analogamente l'art. 117 della Costituzione spagnola afferma che i magistrati fanno parte del potere giudiziario e sono “indipendenti, inamovibili e sottomessi unicamente all'autorità della legge”, indipendenza cui si riferisce anche l'art. 64 della Costituzione francese.

Le citazioni potrebbero continuare a lungo, dimostrando che se esistono delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati europei, queste certamente ricomprendono l'indipendenza dei Giudici. Principio che è stato chiaramente affermato e garantito anche dal diritto primario dell'UE, non soltanto rispetto alle proprie Corti, ma anche con riguardo ai Giudici degli Stati membri. Infatti,

6. Sotto quest'ultimo profilo, indicazioni di estremo interesse si ricavano dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e, in particolare, da due recenti sentenze: la sentenza della Grande sezione del 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* contro *Tribunal de Contas* e la sentenza della Grande Sezione del 25 luglio 2018 nella causa LM.

In modo estremamente sintetico, va notato come la Corte, nella prima decisione, ricorda che secondo l'art. 2 TUE l'Unione si fonda su valori, come lo Stato di diritto, che sono comuni agli Stati membri. L'Unione è un'Unione di diritto in cui i singoli hanno il diritto di contestare in sede giurisdizionale la legittimità di qualsiasi decisione o di qualsiasi altro provvedimento nazionale relativo all'applicazione nei loro confronti di qualsiasi atto dell'Unione. L'art. 19 TUE, che concretizza il valore dello Stato di diritto affermato dall'art. 2 TUE, affida l'onere di garantire il controllo giurisdizionale nell'ordinamento giuridico dell'Unione non soltanto alla Corte, ma anche agli organi giurisdizionali nazionali. Quest'ultimo, infatti, afferma che “gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione”.

Il principio della tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che i singoli traggono dal diritto dell'Unione costituisce un principio generale di diritto dell'Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e che è stato sancito dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali e che è attualmente sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

Tutto ciò ha importanti implicazioni sui caratteri degli organi giurisdizionali. Ogni Stato membro – afferma la Corte – deve garantire che gli organi rientranti, in quanto “giurisdizione” nel senso definito dal diritto dell'Unione, nel suo sistema di rimedi giurisdizionali nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione soddisfino i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva. Per garantire detta tutela “preservare l'indipendenza di detto organo è di primaria importanza, come confermato dall'art. 47, secondo comma della Carta, che menziona l'accesso a un giudice ‘indipendente’ tra i requisiti connessi al diritto fondamentale ad un ricorso effettivo”.

Nella decisione successiva, in modo ancora più chiaro, la Corte afferma che: “si deve sottolineare che il requisito dell'indipendenza dei giudici attiene al contenuto essenziale del diritto fondamentale a un equo processo, che riveste importanza cardinale quale garanzia della tutela dell'insieme dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione e della salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri enunciati all'art. 2, segnatamente, del valore dello Stato di diritto”.

In conclusione l'indipendenza dei Giudici è attratta nel campo di applicazione del diritto dell'Unione ed è considerato indispensabile per garantire il diritto fondamentale ad un equo processo che, a sua volta, è necessario per garantire l'insieme dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione, salvaguardando il valore dello Stato di diritto.

7. Una volta affermato il carattere consustanziale dell'indipendenza delle Corti alla tutela effettiva dei diritti ed all'esistenza dello Stato di diritto, si apre il grande problema di come assicurare il rispetto del principio.

Il principio, infatti, per essere effettivo richiede l'adozione di specifiche tecniche istituzionali che ne assicurino il rispetto contro tutti i tentativi del potere, politico o economico, di intaccarne la forza.

Le Costituzioni degli Stati europei abbondano di previsioni che servono a tale scopo, dalla istituzione di un Consiglio superiore cui spetta il cosiddetto autogoverno della magistratura alle norme che garantiscono l'inamovibilità e vietano il collocamento a riposo anticipato. Un contributo ulteriore è stato dato dalla giurisprudenza costituzionale che dal principio generale dell'indipendenza ha ricavato regole più specifiche, non espressamente formulate nei testi costituzionali ma necessarie per garantire l'effettività del principio.

Espressione di questa tendenza sono, per esempio, le pronunce della Corte costituzionale italiana che hanno riguardato le misure legislative concernenti le retribuzioni dei magistrati per cui la Corte ha censurato quelle misure dirette ad un raffreddamento della dinamica contributiva che risultavano penalizzanti per la sola categoria dei magistrati (sentenza 223/2012), oppure ha riconosciuto che la cosiddetta indennità giudiziaria non è specificamente connessa né al rischio professionale né all'attività decisoria in sé considerata ma "si ispira al precetto costituzionale dell'indipendenza dei magistrati, costituendo una garanzia idonea a tale scopo" (ordinanza 137/2008). Di conseguenza, ha successivamente affermato che, trattandosi di una componente del trattamento economico collegata ai principi di autonomia e indipendenza della magistratura, la sua riduzione è suscettibile di arrecare *vulnus* a quei principi costituzionali (citata sentenza 223/2012).

Altrettanto rilevante è la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE. In particolare, nelle due sentenze precedentemente citate si afferma che l'indipendenza implica due aspetti. Il primo, di carattere esterno, presuppone che l'organo giurisdizionale eserciti le sue funzioni in piena autonomia, senza essere soggetto ad alcun vincolo gerarchico o di subordinazione nei confronti di alcuno e senza ricevere ordini o istruzioni da alcuna fonte, con la conseguenza di essere tutelato dalle pressioni esterne che potrebbero compromettere l'indipendenza di giudizio dei suoi membri. Tale indispensabile libertà da condizionamenti esterni presuppone talune garanzie come l'inamovibilità e il fatto che i membri dell'organo giurisdizionale percepiscano una retribuzione di livello adeguato all'importanza delle funzioni che esercitano. Il secondo aspetto, di carattere interno, si collega alla nozione di imparzialità e riguarda l'equidistanza dalle parti della controversia e dai loro rispettivi interessi riguardo all'oggetto di

quest'ultima. Tale aspetto richiede il rispetto dell'oggettività e l'assenza di qualsiasi interesse nella soluzione della controversia all'infuori della stretta applicazione della norma giuridica.

Assicurata l'indipendenza dei Giudici bisogna parimenti evitare che, in mancanza di periodici controlli cui è invece sottoposto il potere politico da parte del corpo elettorale e delle spinte dell'opinione pubblica che ne possono correggere l'azione, l'indipendenza dei giudici si trasformi – per citare uno dei padri del costituzionalismo contemporaneo C. Friedrich – nella “tirannia dei giudici”. Senza indipendenza non c'è legittimazione e la tutela dei diritti perde di effettività, ma l'indipendenza può essere, in determinate condizioni, la base di un potere arbitrario che finisce per minacciare le nostre libertà. Il punto centrale è sempre la creatività dell'attività interpretativa e la possibilità che sfruttando gli ampi margini della discrezionalità che ha il Giudice quando interpreta la legge, si perda ogni prevedibilità in ordine alle sue decisioni, minacciando il valore, pure di rilevanza costituzionale, della certezza del diritto.

Se dovessimo concludere, secondo una certa prospettiva realista, che “Law is what judges say it is”, allora il problema non avrebbe soluzione e la tensione tra i due circuiti – la politica e il diritto – con i differenti principi di legittimazione, sarebbe destinata a sfociare in un conflitto irriducibile dove non potrebbe esserci un che un solo vincitore. Fortunatamente le cose non sembrano stare così perché anche i Giudici sono sottoposti a vincoli precisi.

Il punto è stato colto con precisione da Aharon Barak nel suo bel libro sulla discrezionalità del Giudice, quando scrive: “la domanda fondamentale non è se debba esistere la discrezionalità, ma: dove una società democratica che sia retta dal diritto debba porre i limiti appropriati alla discrezionalità”.

La domanda ha avuto molteplici risposte che si sono sforzate di individuare i limiti alla discrezionalità del Giudice. Queste risposte hanno fatto leva, tra l'altro, sull'obbligo di motivazione e sui rimedi processuali (Cappelletti), sulla deontologia professionale dei giudici e sul controllo operato sulle argomentazioni dalla comunità dei giuristi (R. Bin), sulla “responsabilità istituzionale” del Giudice che richiede a tutti i giudici – sia a chi stabilisce il precedente che a tutti quelli impegnati nei giudizi successivi – di comportarsi in modo da “essere

(e anche di sembrare) parte di un'istituzione che decide i casi su una base generale, piuttosto che di una istituzione nella quale gli individui assumono decisioni parcellizzate caso per caso" (J. Waldron), nel dialogo tra la Corti e nella spinta alla cooperazione (in particolare tra Corti che appartengono a sistemi giuridici diversi).

Ma soprattutto occorre osservare che: "il giudice tratta ogni caso nei limiti del suo oggetto e rigide regole processuali restringono la conoscenza del giudice a ciò che è pertinente al caso di specie. I giudici hanno da giustificare le *rationes* su cui si fonda ogni decisione, e ogni decisione può essere rivista in appello da un altro giudice e liberamente discussa in ambito professionale e accademico" (R. Bin).

Tutto questi elementi circoscrivono la discrezionalità del Giudice e differenziano la sua attività da quella del legislatore anche se entrambi partecipano al processo di creazione del diritto. Ma ammesso tutto ciò, non possiamo nascondere come i confini possano essere travalicati e la tensione tra i due circuiti sia sempre presente e pronta a sfociare in aperto conflitto.

8. Il fatto, non sempre riconosciuto, è che quelle peculiari formazioni storiche che sono le democrazie liberali, sono in fin dei conti la realizzazione, in chiave moderna, della "Costituzione mista".

E' ben nota quella risalente corrente di pensiero che esaltava le virtù della "Costituzione mista", che secondo i filosofi greci – da Platone ad Aristotele – non era tanto la migliore Costituzione dal punto di vista "ideale" ma quella in pratica più adatta alle condizioni normali degli uomini. Il suo scopo era rinvenuto nella realizzazione della giusta proporzione dei principi informatori delle diverse forme di Stato: la virtù, la ricchezza e la maggioranza. Anche per Polibio, nel VI libro della sua Storia di Roma, la capacità della "Costituzione mista" consisteva nel riunire gli elementi delle forme semplici di regime, come sarebbe avvenuto nella Repubblica romana, dove l'elemento monarchico era rappresentato dai Consoli, quello aristocratico dal Senato, quello democratico dalle Assemblee popolari.

A questa dottrina radicata nella tradizione e nell'esperienza, si rivolse la critica di Bodin e di Hobbes in nome della sovranità. Il rigetto della teoria avveniva per considerazioni pratiche perché (come aveva già indicato Machiavelli) gli "stati di mezzo" sono condannati all'instabilità e alla dissoluzione. Ma la rigettavano anche in quanto

ritenuta logicamente inconcepibile con l'unità e l'indivisibilità del potere. Nel Leviatano Hobbes scriveva che le forme di Stato sono sempre semplici: monarchia, aristocrazia o democrazia: "non ce ne possono essere altre, perché la sovranità, che ho mostrato essere indivisibile, non può appartenere che a uno solo, o a molti, o a tutti nella sua interezza".

Per Bodin, il risultato di una forma composta di Stato è sempre di produrre un conflitto di poteri, che non si potrà risolvere se non con la forza. La sua esistenza, perciò, è un'illusione, perché la sovranità è sempre nelle mani di un solo titolare.

La democrazia liberale è una formazione storico-concreta, più che un modello astratto, che è stata capace di smentire queste previsioni. Perché ha realizzato una forma di Stato in cui l'importanza del principio democratico non esclude la presenza e il ruolo fondamentale che si esprime nel principio aristocratico, impersonato dalle Corti. Queste ultime non traggono la loro legittimazione dal consenso popolare, bensì dalla loro competenza tecnica e dalla loro indipendenza.

E' pur vero però che, come tutte le "Costituzioni miste" che accolgono principi di legittimazione diversi, gli equilibri sono instabili e i conflitti – come aveva avvertito Bodin - sempre possibili.

9. La tensione è aumentata dopo l'introduzione dei sistemi di giustizia costituzionale. Con questi ultimi c'è la massima espansione dello Stato di diritto, perché lo stesso prodotto principale dell'attività politica – la legge – è sottoposta al diritto.

Ne è prova il vivace dibattito che ha accompagnato l'attività della Corte suprema degli Stati Uniti, il luogo d'origine della giustizia costituzionale. Ed è oggi particolarmente istruttivo leggere questo dibattito che parte nei secoli scorsi e si è rinvigorito nei giorni nostri.

In questo dibattito si può operare – come recentemente ha evidenziato Lucia Corso nel suo libro su "*I Due volti del diritto. Elite e uomo comune nel costituzionalismo americano*" – una distinzione "fra coloro che assumono una qualche forma di fiducia sulle capacità epistemiche, morali e in generale politiche dei cittadini comuni e coloro che al contrario coltivano il convincimento che la gente comune vada neutralizzata proprio per le sue caratteristiche più

ordinarie, impulsività, scarsità di informazioni, semplicismo, senso comune e che le istituzioni costituzionali servano innanzitutto a questo scopo”. Da una parte c’è chi crede – riprendendo la lezione di Hobbes – che non esiste una dimensione civile al di fuori dello Stato e perciò insiste sulla funzione civilizzatrice delle istituzioni giuridiche. Secondo questo modo di vedere il nucleo del costituzionalismo sta proprio nel principio di legalità, nell’indipendenza dei Giudici, nella divisione dei poteri, nel controllo giurisdizionale di costituzionalità. Ma dall’altra parte, c’è una visione della Costituzione che poggia sulla dimensione naturale dell’essere umano, esterna all’assetto istituzionale, quale prima forma di garanzia contro un governo arbitrario.

La prima posizione – come osserva Sunstein – parte dall’assunto che la buona riuscita di uno Stato costituzionale presuppone l’esistenza di una élite illuminata. La Costituzione deve fungere da freno all’irruenza delle passioni popolari e assegna ai meccanismi istituzionali e soprattutto alla Corte suprema il compito di tutelare la società da scelte poco lungimiranti, dalla faziosità politica, dalla miopia dei politici, ma anche dalle tendenze fameliche e prevaricatrici della gente comune.

La seconda posizione si scontra con la tradizione liberale e anche con il repubblicanesimo classico di cui John Adams e i Federalisti Madison e Hamilton sarebbero portatori. Essa riabilita l’ordinarietà rispetto alla virtù pubblica e alla competenza. In linea generale non viene contestato che il costituzionalismo sia innanzitutto preordinato a limitare il potere pubblico e a garantire la tutela dei diritti fondamentali, ma muove dall’assunto che queste finalità siano meglio raggiunte attraverso meccanismi di stimolo dei desideri e delle opinioni dei cittadini comuni e che la partecipazione pubblica sia la fonte dell’affermazione dei diritti. Questo “costituzionalismo popolarista” – in cui spiccano i nomi di Kramer e Ackerman, di Tushnet e Parker – mette in guardia contro le sofisticherie delle élites giudiziarie.

10. In Europa il dibattito costituzionalistico non si svolge nei medesimi termini di quelli richiamati a proposito dell’esperienza americana. Ma altrettanto forte è la spinta a contestare le élites e a mettere al centro dell’ordinamento l’uomo comune. Molte delle

considerazioni che Tom Nichols svolge nel suo *The Death of Expertise. The Campaign Against Established Knowledge and Why it Matters*, possono essere estese al Vecchio continente. Anche qui, infatti, sono forti le tendenze a una critica radicale delle competenze, per cui l'assenza di specifiche competenze, specie nella sfera pubblica, è considerata una vera e propria virtù.

Tutto ciò può anche essere spiegabile alla luce di quella *Revolt of the élites* di cui Christopher Lasch parlava già nel 1985 per indicare come nelle liberaldemocrazie le élites abbiano nutrito un forte scetticismo nei confronti della capacità del cittadino normale di affrontare questioni complesse che ha portato all'impoverimento estremo del dibattito pubblico, ma soprattutto il fatto che esse abbiano favorito una grande crescita delle diseguaglianze economiche. Entrambe le tendenze hanno indebolito la coesione delle nostre società accentuando le divisioni e la polarizzazione politica.

In questo quadro si colloca lo sviluppo di quella che è stata chiamata the *politics of resentment*, che alimenta una politica fondata su identità chiuse ed esclusive, tra cui quella di un popolo inteso come soggetto unitario.

Ritorna così alla ribalta l'idea del "popolo come unità" titolare di un potere sovrano, indivisibile e illimitato. La democrazia liberale poteva far coesistere il "governo della legge" e il "governo del popolo" perché si riferiva al "popolo come molteplicità" che vedeva nel governo della legge la garanzia della sopravvivenza delle molteplici parti che lo compongono. Ma quando il popolo è considerato come soggetto unitario, privo di divisioni, dotato di un'identità definita e inconciliabile con ogni altra, è molto forte la tentazione a indebolire o addirittura cancellare quei limiti giuridici che il costituzionalismo aveva posto nei confronti della sovranità. Si affermano, così, quelle che sono state chiamate "democrazie illiberali" in cui si afferma che la democrazia possa esistere senza i diritti.

Critica della competenza, lotta alle élites, idea della sovranità popolare come unica fonte di legittimazione di un potere sostanzialmente indivisibile e illimitato, rompono gli equilibri su cui si reggeva la "costituzione mista" liberaldemocratica, ponendo una sfida inedita all'indipendenza delle Corti. Quest'ultima può ancora appoggiarsi alle garanzie offerte dalle Costituzioni nazionali e dal diritto europeo, ma quanta efficacia possono avere le norme

costituzionali se perdono il loro radicamento nella società o, come direbbero alcuni, nella “Costituzione in senso materiale”? Lo “Stato di diritto” è destinato a ritornare ad essere un ideale e uno strumento di lotta che caratterizzerà il conflitto politico nelle nostre società? Su quali forze materiali questo sogno potrà appoggiarsi? Le risposte che la storia fornirà a questi interrogativi segneranno una parte importante del futuro delle società europee.

Abstract: Moving from both a theoretical and a historical perspective, the author investigates the changing patterns of the relationships between the independence of the judiciary and the sovereignty of the people and its outcomes. In the current scenario, such a complex and multi-faceted relationship must deal with the challenges raised by the supporters of popular movements against the rule of law and the constitutional justice.

Keywords: Judicial Independence, Popular Constitutionalism, Elite Theory, Constitutional Justice, Sovereignty

Giovanni Pitruzzella – Avvocato Generale presso la Corte di Giustizia dell’Unione Europea